

UNITED STATES DISTRICT COURT
WESTERN DISTRICT OF WASHINGTON
AT TACOMA

KIMYA SIMON,
Plaintiff,
v.
JOHN AUSTIN III *et al.*,
Defendants.

Case No. C06-5695RBL

REPORT AND RECOMMENDATION

NOTED FOR:
February 23, 2007

This 42 U.S.C. § 1983 Civil Rights action has been referred to the undersigned Magistrate Judge pursuant to Title 28 U.S.C. §§ 636(b)(1)(A) and 636(b)(1)(B) and Local Magistrates' Rules MJR 1, MJR 3, and MJR 4. Plaintiff has paid the filing fee (Dkt. # 3). When the court reviewed this complaint, the court noted plaintiff was challenging an Indeterminate Sentence Review Board decision not to parole plaintiff on an earned early release date. Thus, it appeared plaintiff was challenging the fact or duration of his past confinement.

There is nothing in the file indicating plaintiff ever exhausted this issue or received relief through a habeas corpus petition. The court entered an order to show cause why this action should not be dismissed. The order was entered because Mr. Simon cannot state a cause of action if he has not received relief through habeas corpus .

Mr. Simon is no longer incarcerated on this conviction and now lacks standing to file a habeas corpus petition challenging his past conviction and sentence. Thus, Mr. Simon appears to be procedurally barred from

1 bringing his claim Mr. Simon has responded to the order to show cause (Dkt. # 6). The response does not
 2 address the issue. Having reviewed that response the court recommend this action be **DISMISSED WITH**
 3 **PREJUDICE.**

4 DISCUSSION

5 In Heck the Supreme Court held that "[e]ven a prisoner who has fully exhausted available state
 6 remedies has no cause of action under § 1983 unless and until the conviction or sentence is reversed,
 7 expunged, invalidated, or impugned by the grant of a writ of habeas corpus." Heck v. Humphrey, 512
 8 U.S. 477, 487 (1994)(emphasis added). The court added:

9 Under our analysis the statute of limitations poses no difficulty while the state challenges are
 10 being pursued, since the § 1983 claim has not yet arisen. . . . [A] § 1983 cause of action for
 11 damages attributable to an unconstitutional conviction or sentence does not accrue until the
 12 conviction or sentence has been invalidated.

13 Heck v. Humphrey, 512 U.S. at 489 (1994).

14 This court has been concerned with the application of the doctrine espoused in Heck to any case where
 15 the plaintiff was no longer in custody on that conviction. This concern was shared by the Supreme Court and
 16 the Ninth Circuit. Spencer v Kemna, 523 U. S. 1 (1998); Nonnette v. Small, 316 F.2d 872 (9th Cir. 2002).
 17 The concern is based on habeas corpus actions having an in custody requirement. 28 U.S.C. § § 2241 (c), 2254
 18 (a), 2255. An expired or completely served conviction does not meet the requirement even if the conviction is
 19 later used to enhance a sentence. Garlotte v. Fordice, 515 U.S. 39 (1995).

20 On March 27, 2006 the Ninth Circuit decided the case of Guerrero v. Gates, 442 F.3d 697 (9th Cir.
 21 2006). The court found that the fact that Guerrero "is no longer in custody and thus cannot overturn his prior
 22 convictions by means of habeas corpus does not lift *Heck's* bar."

23 In Guerrero the court found that Heck barred claims for wrongful arrest, malicious prosecution and
 24 conspiracy to bring false charges. Mr. Simon would be barred from bringing his claims for failure to release
 25 prior to his maximum release date. This is because he is challenging the length of his past sentence.

26 In Guerrero the court noted several exceptions to the bar, thus, application of the doctrine must be on a
 27 case by case basis. The exceptions are founded on the fear that an inmate may have something happen close to
 28 the end of his sentence and not be able to exhaust his state remedies and file a habeas corpus action on the
 new issue prior to his release. The Ninth Circuit recognized this dilemma and stated:

In following the reasoning of the concurrence in *Spencer*, we have emphasized the importance

1 of timely pursuit of available remedies in two cases. In *Cunningham v. Gates*, we held the
2 *Heck* barred the plaintiff's § 1983 claims despite the fact that habeas relief was unavailable.
3 Habeas relief was "impossible as a matter of law" in Cunningham's case because he failed to
4 timely pursue it. We declined to hold that Cunningham's failure to pursue habeas remedies
5 [took] his § 1983 claim out of *Heck*'s purview.

6 Although we held in *Nonnette* that the plaintiff could bring § 1983 claims despite the Heck bar
7 because habeas relief was unavailable, we did so because *Nonnette*, unlike Cunningham, timely
8 pursued appropriate relief from prior convictions.

9 Gurerro, 442 F.2d at 704, 705.

10 Applying the holding to Mr. Simon, the court entered an order to show cause and identified the issue
11 for Mr. Simon. His response does not address the Heck issue.

12 This action appears to be procedurally barred. This action should be **DISMISSED**. The dismissal
13 should be **WITH PREJUDICE** because plaintiff cannot now proceed in habeas corpus as he is not in custody
14 on this conviction. A proposed order and proposed judgment accompanies this Report and Recommendation.

15 Pursuant to 28 U.S.C. § 636(b)(1) and Rule 72(b) of the Federal rules of Civil Procedure, the
16 parties shall have ten (10) days from service of this Report to file written objections. *See also* Fed. R. Civ.
17 P. 6. Failure to file objections will result in a waiver of those objections for purposes of appeal. Thomas v.
18 Arn, 474 U.S. 140 (1985). Accommodating the time limit imposed by Rule 72(b), the clerk is directed to
19 set the matter for consideration on **February 23, 2007**, as noted in the caption.

20
21 DATED this 25 day of January, 2007.
22
23
24
25
26
27
28

29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200
201
202
203
204
205
206
207
208
209
210
211
212
213
214
215
216
217
218
219
220
221
222
223
224
225
226
227
228
229
230
231
232
233
234
235
236
237
238
239
240
241
242
243
244
245
246
247
248
249
250
251
252
253
254
255
256
257
258
259
260
261
262
263
264
265
266
267
268
269
270
271
272
273
274
275
276
277
278
279
280
281
282
283
284
285
286
287
288
289
290
291
292
293
294
295
296
297
298
299
300
301
302
303
304
305
306
307
308
309
310
311
312
313
314
315
316
317
318
319
320
321
322
323
324
325
326
327
328
329
330
331
332
333
334
335
336
337
338
339
340
341
342
343
344
345
346
347
348
349
350
351
352
353
354
355
356
357
358
359
360
361
362
363
364
365
366
367
368
369
370
371
372
373
374
375
376
377
378
379
380
381
382
383
384
385
386
387
388
389
390
391
392
393
394
395
396
397
398
399
400
401
402
403
404
405
406
407
408
409
410
411
412
413
414
415
416
417
418
419
420
421
422
423
424
425
426
427
428
429
430
431
432
433
434
435
436
437
438
439
440
441
442
443
444
445
446
447
448
449
450
451
452
453
454
455
456
457
458
459
460
461
462
463
464
465
466
467
468
469
470
471
472
473
474
475
476
477
478
479
480
481
482
483
484
485
486
487
488
489
490
491
492
493
494
495
496
497
498
499
500
501
502
503
504
505
506
507
508
509
510
511
512
513
514
515
516
517
518
519
520
521
522
523
524
525
526
527
528
529
530
531
532
533
534
535
536
537
538
539
540
541
542
543
544
545
546
547
548
549
550
551
552
553
554
555
556
557
558
559
5510
5511
5512
5513
5514
5515
5516
5517
5518
5519
5520
5521
5522
5523
5524
5525
5526
5527
5528
5529
5530
5531
5532
5533
5534
5535
5536
5537
5538
5539
5540
5541
5542
5543
5544
5545
5546
5547
5548
5549
5550
5551
5552
5553
5554
5555
5556
5557
5558
5559
55510
55511
55512
55513
55514
55515
55516
55517
55518
55519
55520
55521
55522
55523
55524
55525
55526
55527
55528
55529
55530
55531
55532
55533
55534
55535
55536
55537
55538
55539
55540
55541
55542
55543
55544
55545
55546
55547
55548
55549
55550
55551
55552
55553
55554
55555
55556
55557
55558
55559
555510
555511
555512
555513
555514
555515
555516
555517
555518
555519
555520
555521
555522
555523
555524
555525
555526
555527
555528
555529
555530
555531
555532
555533
555534
555535
555536
555537
555538
555539
555540
555541
555542
555543
555544
555545
555546
555547
555548
555549
555550
555551
555552
555553
555554
555555
555556
555557
555558
555559
5555510
5555511
5555512
5555513
5555514
5555515
5555516
5555517
5555518
5555519
5555520
5555521
5555522
5555523
5555524
5555525
5555526
5555527
5555528
5555529
5555530
5555531
5555532
5555533
5555534
5555535
5555536
5555537
5555538
5555539
5555540
5555541
5555542
5555543
5555544
5555545
5555546
5555547
5555548
5555549
5555550
5555551
5555552
5555553
5555554
5555555
5555556
5555557
5555558
5555559
55555510
55555511
55555512
55555513
55555514
55555515
55555516
55555517
55555518
55555519
55555520
55555521
55555522
55555523
55555524
55555525
55555526
55555527
55555528
55555529
55555530
55555531
55555532
55555533
55555534
55555535
55555536
55555537
55555538
55555539
55555540
55555541
55555542
55555543
55555544
55555545
55555546
55555547
55555548
55555549
55555550
55555551
55555552
55555553
55555554
55555555
55555556
55555557
55555558
55555559
555555510
555555511
555555512
555555513
555555514
555555515
555555516
555555517
555555518
555555519
555555520
555555521
555555522
555555523
555555524
555555525
555555526
555555527
555555528
555555529
555555530
555555531
555555532
555555533
555555534
555555535
555555536
555555537
555555538
555555539
555555540
555555541
555555542
555555543
555555544
555555545
555555546
555555547
555555548
555555549
555555550
555555551
555555552
555555553
555555554
555555555
555555556
555555557
555555558
555555559
5555555510
5555555511
5555555512
5555555513
5555555514
5555555515
5555555516
5555555517
5555555518
5555555519
5555555520
5555555521
5555555522
5555555523
5555555524
5555555525
5555555526
5555555527
5555555528
5555555529
5555555530
5555555531
5555555532
5555555533
5555555534
5555555535
5555555536
5555555537
5555555538
5555555539
5555555540
5555555541
5555555542
5555555543
5555555544
5555555545
5555555546
5555555547
5555555548
5555555549
5555555550
5555555551
5555555552
5555555553
5555555554
5555555555
5555555556
5555555557
5555555558
5555555559
55555555510
55555555511
55555555512
55555555513
55555555514
55555555515
55555555516
55555555517
55555555518
55555555519
55555555520
55555555521
55555555522
55555555523
55555555524
55555555525
55555555526
55555555527
55555555528
55555555529
55555555530
55555555531
55555555532
55555555533
55555555534
55555555535
55555555536
55555555537
55555555538
55555555539
55555555540
55555555541
55555555542
55555555543
55555555544
55555555545
55555555546
55555555547
55555555548
55555555549
55555555550
55555555551
55555555552
55555555553
55555555554
55555555555
55555555556
55555555557
55555555558
55555555559
555555555510
555555555511
555555555512
555555555513
555555555514
555555555515
555555555516
555555555517
555555555518
555555555519
555555555520
555555555521
555555555522
555555555523
555555555524
555555555525
555555555526
555555555527
555555555528
555555555529
555555555530
555555555531
555555555532
555555555533
555555555534
555555555535
555555555536
555555555537
555555555538
555555555539
555555555540
555555555541
555555555542
555555555543
555555555544
555555555545
555555555546
555555555547
555555555548
555555555549
555555555550
555555555551
555555555552
555555555553
555555555554
555555555555
555555555556
555555555557
555555555558
555555555559
5555555555510
5555555555511
5555555555512
5555555555513
5555555555514
5555555555515
5555555555516
5555555555517
5555555555518
5555555555519
5555555555520
5555555555521
5555555555522
5555555555523
5555555555524
5555555555525
5555555555526
5555555555527
5555555555528
5555555555529
5555555555530
5555555555531
5555555555532
5555555555533
5555555555534
5555555555535
5555555555536
5555555555537
5555555555538
5555555555539
5555555555540
5555555555541
5555555555542
5555555555543
5555555555544
5555555555545
5555555555546
5555555555547
5555555555548
5555555555549
5555555555550
5555555555551
5555555555552
5555555555553
5555555555554
5555555555555
5555555555556
5555555555557
5555555555558
5555555555559
55555555555510
55555555555511
55555555555512
55555555555513
55555555555514
55555555555515
55555555555516
55555555555517
55555555555518
55555555555519
55555555555520
55555555555521
55555555555522
55555555555523
55555555555524
55555555555525
55555555555526
55555555555527
55555555555528
55555555555529
55555555555530
55555555555531
55555555555532
55555555555533
55555555555534
55555555555535
55555555555536
55555555555537
55555555555538
55555555555539
55555555555540
55555555555541
55555555555542
55555555555543
55555555555544
55555555555545
55555555555546
55555555555547
55555555555548
55555555555549
55555555555550
55555555555551
55555555555552
55555555555553
55555555555554
55555555555555
55555555555556
55555555555557
55555555555558
55555555555559
555555555555510
555555555555511
555555555555512
555555555555513
555555555555514
555555555555515
555555555555516
555555555555517
555555555555518
555555555555519
555555555555520
555555555555521
555555555555522
555555555555523
555555555555524
555555555555525
555555555555526
555555555555527
555555555555528
555555555555529
555555555555530
555555555555531
555555555555532
555555555555533
555555555555534
555555555555535
555555555555536
555555555555537
555555555555538
555555555555539
555555555555540
555555555555541
555555555555542
555555555555543
555555555555544
555555555555545
555555555555546
555555555555547
555555555555548
555555555555549
555555555555550
555555555555551
555555555555552
555555555555553
555555555555554
555555555555555
555555555555556
555555555555557
555555555555558
555555555555559
5555555555555510
5555555555555511
5555555555555512
5555555555555513
5555555555555514
5555555555555515
5555555555555516
5555555555555517
5555555555555518
5555555555555519
5555555555555520
5555555555555521
5555555555555522
5555555555555523
5555555555555524
5555555555555525
5555555555555526
5555555555555527
5555555555555528
5555555555555529
5555555555555530
5555555555555531
5555555555555532
5555555555555533
5555555555555534
5555555555555535
5555555555555536
5555555555555537
5555555555555538
5555555555555539
5555555555555540
5555555555555541
5555555555555542
5555555555555543
5555555555555544
5555555555555545
5555555555555546
5555555555555547
5555555555555548
5555555555555549
5555555555555550
5555555555555551
5555555555555552
5555555555555553
5555555555555554
5555555555555555
5555555555555556
5555555555555557
5555555555555558
5555555555555559
55555555555555510
55555555555555511
55555555555555512
55555555555555513
55555555555555514
555555